

**仮の差止めの決定に反して死刑確定者等の面会に職員を立ち会わせた処分について
国家賠償請求が認められた事例**

【文 献 種 別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 平成 30 年 9 月 19 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（ワ）第 21485 号

【事 件 名】 損害賠償請求事件

【裁 判 結 果】 一部認容、一部棄却

【参 照 法 令】 国家賠償法 1 条 1 項、刑事訴訟法 440 条 1 項、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律 121 条

【掲 載 誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25561322

事実の概要

X₁（原告）は死刑確定者であり、X₂（原告）は X₁ の再審請求の弁護人にして、かつ、拘置所での X₁ の処遇をめぐる国賠訴訟の代理人である。

X₁ は、再審請求及び国賠訴訟の打ち合わせを目的とした X₂ との各面会について、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下「刑事収容施設法」という）121 条に基づき職員を立ち会わせる措置を執る処分をしてはならないことを求める各差止訴訟を提起し、あわせて各仮の差止めを申し立てた。

東京地方裁判所は、平成 28 年 12 月 14 日、いずれの仮の差止めについても、これを認める決定をした（東京地決平 28・12・14 判時 2329 号 22 頁、東京地決平 28・12・14LEX/DB25544701。以下「本件各決定」という）。これに対して、国は、同月 21 日、本件各決定について即時抗告をした。

X₂ は、同月 16 日から平成 29 年 4 月 3 日にかけて、合計 6 回、再審請求及び国賠訴訟の打ち合わせを目的として、X₁ との面会を申し出たが、東京拘置所長は、いずれについても職員を立ち会わせる措置を執る処分（以下「本件各処分」という）をした。

そこで、原告らは、Y（国・被告）に対し、東京拘置所長が仮の差止めの決定に反して原告らの面会について職員を立ち会わせる処分をしたことは違法である等と主張して、国賠法 1 条 1 項に基づく国賠訴訟を提起した。

判決の要旨

一部認容、一部棄却。

1 秘密面会の利益

(1) 「再審請求をする死刑確定者は、被告人又は被疑者とは異なる立場にある」から、「再審請求をする死刑確定者及びその再審請求弁護人に対しては、……刑訴法 39 条 1 項は適用ないし準用」されず、また、これらの者の秘密面会の利益が憲法 34 条前段に由来するともいえない。

「刑訴法 440 条 1 項は、検察官以外の者が再審請求をする場合には、弁護人を選任することができる旨規定しているところ、死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、刑事収容施設法 121 条ただし書にいう『正当な利益』として、再審請求弁護人と秘密面会をする利益を有する」。また、「秘密面会の利益が保護されることは、……再審請求弁護人にとってもその十分な活動を保障するために不可欠」であり、刑訴法 39 条 1 項所定の「秘密交通権が、弁護人にとってはその固有権……であるとされていることに鑑みれば」（最一小判昭 53・7・10 民集 32 卷 5 号 820 頁）、「秘密面会の利益も、……刑訴法 440 条 1 項の趣旨に照らし、再審請求弁護人からいえばその固有の利益である」。

「刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関する許否の権限を行使するに当たり、……死刑確定者と再審請求弁護人との秘密面会の利益をも十分に尊重しなければならない」（最三小判平 25・12・10 民集 67 卷 9 号 1761 頁）。

(2) 「死刑確定者が、自己に対する刑事施設の長の措置その他自己が受けた処遇に関する救済を求めるための国家賠償請求訴訟（以下「処遇国賠訴訟」という。）を提起し、その準備の打合せをするために訴訟代理人弁護士と面会する場合においては、当該刑事施設は当該処遇に関する紛争について、いわば相手方本人という立場にあるから、その職員が面会に立ち会って発言内容を知ることができる」とすれば、……処遇国賠訴訟に向けた準備が十分に行われず、ひいては公正な民事訴訟の実現（民事訴訟法2条参照）が困難となるおそれが生じ得ること等に照らすと、死刑確定者は、刑事収容施設法121条ただし書にいう『正当な利益』として、処遇国賠訴訟の訴訟代理人弁護士と秘密面会をする利益を有する」。

2 違法性

「仮の差止めの決定に対する即時抗告は、その決定の執行を停止する効力を有しないから（行訴法37条の5第4項、25条8項）、……本件各決定が存在するにもかかわらず、東京拘置所長が本件各処分をしたことは、行訴法に違反するのみならず、原告らの上記各利益を侵害したものと、国家賠償法上も違法になる」。

3 故意・過失

「東京拘置所長が、行政事件訴訟における最も基本的な法律である行訴法の規定を把握していなかった上、原告……による再三の抗議にもかかわらず、行訴法の規定の確認すら怠り、このために違法な本件各処分をしたこと」については「極めて重大な過失があったものというべきであるが」、各差止訴訟を担当する東京地方裁判所の裁判長から、即時抗告をしても仮の差止めの決定には効力が生じている旨の指摘がされた後は、原告らに秘密面会が認められていること等に照らせば、「本件各決定に効力が生じていることを認識しながら、あえて、本件各処分をしたものとまでは認められない。」

判例の解説

一 国賠訴訟における被侵害利益

国賠訴訟においては、行政機関の行為によって原告の利益が害されたとしても、その全てが救済の対象となるわけではない¹⁾。

すなわち、国賠法1条1項における違法性を「公

務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務」(最一小判昭60・11・21民集39巻7号1512頁)に違反することとして捉える場合(職務行為基準説)、原告が主張する被侵害利益が反射的利益等であり、国賠法上保護された利益²⁾に当たらないときは、行政機関には原告の利益に配慮する職務上の法的義務がないこととなるから、当該行為によって当該利益が害されたとしても、当該行為は「違法でない」ことになる。

刑事施設に関する一例を挙げると、受刑者との接見拒否について、弁護士会及び弁護士が国賠請求した事案において、最三小判平20・4・15(民集62巻5号1005頁)は、職務行為基準説に立った上で、旧監獄法45条2項は「受刑者の利益」と施設内の規律の確保等との調整を図るものであって、「受刑者との接見を求める者の固有の利益」に配慮する規定ではないから、同項は刑務所長に対し同「利益に配慮すべき法的義務を課するものではな」く、接見拒否に「違法があったということとはできない」としている。

客観的な法規範違反をもって国賠法1条1項における違法性を認定する立場(公権力発動要件欠如説)にあつては、法益侵害の要素は違法性の要素とはならないものの、被侵害利益が反射的利益等である場合には、国賠法上の救済の対象となる「損害」がないものと評価され、やはり賠償請求は認められないこととなる³⁾。

また、仮に被侵害利益が国賠法上保護された利益であっても、その侵害が軽微である場合には賠償請求が認められないこともある(旧監獄法下での図書閲覧禁止措置の例として、広島地判昭43・3・27判時526号73頁参照)。

そのため、本件でも原告らは、被侵害利益の法的根拠や侵害の重大性を入念に主張している。

二 秘密面会の利益

1 再審請求に係る秘密面会の利益

原告らは、憲法34条(弁護士依頼権)及び刑訴法39条1項に基づき、原告ら双方が、再審請求に係る打ち合わせにおいて秘密面会の利益を有すると主張した。これは、憲法34条とこれに由来する刑訴法39条1項に基づき、被疑者・被告人と弁護人の双方が立会いなしの接見交通権を有することを認めた判例(上記最一小判昭53・7・10、最大判平11・3・24民集53巻3号514頁)、及び再

審請求手続と通常公判手続の共通性等から刑訴法 39 条 1 項が再審請求に係る接見にも適用ないし準用され得るとする学説の多数説⁴⁾に依拠したものと考えられる。

これに対して、本判決は、憲法 34 条や刑訴法 39 条 1 項ではなく、刑訴法 440 条 1 項所定の再審請求における弁護人依頼権を実質的に保障する趣旨から、原告ら双方に秘密面会の利益を認めた(判決の要旨 1(1))。

これは、本判決も引用しているように、再審請求に係る秘密面会の利益に関するリーディング・ケースである上記最三小判平 25・12・10(以下「平成 25 年最判」という)にならったものであり、同最判後の下級審判例の趨勢とも軌を一にする(大阪高判平 29・12・1 判時 2370 号 36 頁、東京高判平 30・7・18LEX/DB25561464、大阪地判平 27・10・28LEX/DB25447640 等)。

もっとも、平成 25 年最判は、再審請求に係る秘密面会の利益と憲法 34 条との関係については明言しておらず、かえって、学説では、同最判が、憲法 34 条から秘密面会の利益を導いた上記最大判平 11・3・24 と同様の表現を用いて刑訴法 440 条 1 項に基づく秘密面会の利益を導出していることや、刑訴法 39 条 1 項への言及も見られること等から、平成 25 年最判は、再審請求に係る秘密面会の利益を憲法 34 条・刑訴法 39 条 1 項に定める被疑者・被告人の接見交通権と相通じる性質を有するものと観念しているとの理解も示されていた⁵⁾。平成 25 年最判後の下級審判例にも、傍論的な判示ではあるが、再審請求における弁護人依頼権について「憲法 34 条に由来し、刑訴法 440 条 1 項により保障されている」と述べたものもある(東京地判平 28・2・23 判時 2316 号 77 頁、東京地判平 29・4・13LEX/DB25560308)。

しかし、本判決は、被疑者・被告人と死刑確定者の立場の相違を強調し、再審請求に係る秘密面会の利益を憲法 34 条及び刑訴法 39 条 1 項に基づかせることを明確に否定した。平成 25 年最判前後を問わず、同様の判断を示す下級審判例は多かったが(広島高判平 24・1・27 民集 67 巻 9 号 1831 頁、上記大阪高判平 29・12・1、さいたま地判平 25・11・27 判タ 1409 号 185 頁等)、本判決はあらためて、平成 25 年最判の含意について、上記学説のような理解には与しない立場を明らかにしたものといえよう。

2 処遇国賠訴訟に係る秘密面会の利益

次に、原告らは、憲法 32 条(裁判を受ける権利)及び刑事収容施設法 121 条に基づき、死刑確定者(X₁)は、処遇国賠訴訟に係る打ち合わせのため、担当弁護士と秘密面会する利益を有すると主張した。

憲法 32 条が秘密面会の利益を保障しているかについては、刑事訴訟に係る打ち合わせの場合を含め、これを否定する下級審判例が多く(広島高判平 25・10・25 判時 2209 号 108 頁、東京高判平 26・9・10 判時 2241 号 67 頁、名古屋地判平 25・2・19LEX/DB25445528 等)、本判決もこれを否定している。

また、平成 25 年最判は再審請求に関し秘密面会の利益を認めているが、刑事訴訟と異なり、民事訴訟では必要的弁護の制度が採用されていないこと等から、同最判の判示は(処遇国賠訴訟を含む)民事訴訟に係る事案に直接的には妥当しない。むしろ、両訴訟制度の差異から、秘密面会の利益の保障にも差異を生ずるとも考えられ、旧監獄法下の事案ではあるが、最一小判平 12・9・7(判時 1728 号 23 頁)は、刑務所長の裁量を重視する判断を示している。刑事収容施設法下においても、上記さいたま地判平 25・11・27 は、同様の立場に立っている。

もっとも、処遇国賠訴訟の場合、刑事施設は紛争の相手方であるから、秘密面会を認める必要性は高く、その他一般の民事訴訟の場合とは異なる別段の考慮を要するとも考えられる。刑事収容施設法でも、受刑者や未決拘禁者が処遇国賠訴訟等について弁護士と面会をする場合には、秘密面会を原則にしており(同 112 条但書、同 116 条 2 項)、この点を踏まえ、死刑確定者が処遇国賠訴訟に関し弁護士と秘密面会する利益を同法 121 条但書にいう「正当な利益」として認める例が広く見られる(上記東京地判平 28・2・23、さいたま地判平 29・5・24LEX/DB25545810、東京地判平 29・10・24LEX/DB25539346 等)⁶⁾。

本判決は、公正な民事訴訟を謳う民法 2 条の趣旨を踏まえ、死刑確定者の秘密面会の利益を刑事収容施設法 121 条但書にいう「正当な利益」に当たるとしたが(判決の要旨 1(2))、これも同様の考慮によるものと考えられる。

なお、処遇国賠訴訟を担当する弁護士が死刑確定者と秘密面会する固有の利益を有するかについて

ては、本判決に言及はないが、これまでの下級審判例はこれを否定する傾向にある（上記東京地判平 28・2・23、東京地判平 29・4・13、さいたま地判平 29・5・24 等。他方、広島地判平 25・1・30 判時 2194 号 80 頁は「全く法的保護に値しないとまではいえない」とする）。

三 違法性

死刑確定者の秘密面会をめぐる事案では、違法性については、通常、刑事収容施設法 121 条但書の適用上、刑事施設の長が秘密面会を認めなかったことが裁量の逸脱・濫用に当たるかが問題となるが⁷⁾、本件では、職員を立ち会わせる処分の仮の差止めを認める本件各決定が既に出ていたため、この点は問題とならず、長が本件各決定に反して職員を立ち会わせる本件各処分をしたことは、行訴法 37 条の 5 第 4 項等に反するものとして、端的に違法と判断されている（判決の要旨 2）。

なお、本判決は、職務行為基準説を明示せず、違法性と故意・過失を二元的に判断する等、違法性については、公権力発動要件欠如説（したがって、違法性同一説）に立つものとの印象を受ける。しかし他方で、本判決は、「東京拘置所長が本件各処分をしたことは、行訴法に違反するのみならず、原告らの上記各利益を侵害したものと、国家賠償法上も違法になる」（傍点部、筆者記）として、職務行為基準説のように、違法性の認定に法益侵害の要素を組み込み、かつ、行訴法上の違法性と国賠法上の違法性を区別した違法性相対説に立っているとも取れる判示をしており、本判決の違法性の認定には、幾分、理論的な混淆があるように見受けられる。

四 故意・過失

行政機関が法令解釈を誤った場合であっても、当該法令の解釈につき、異なる見解が対立し、いずれにも相当の根拠がある場合等には、国賠法上、過失が認められないことがあるが（最一小判昭 46・6・24 民集 25 巻 4 号 574 頁等）、本件は、一義的な明文の規定に反した事案であるため、この法理は妥当しない⁸⁾。

これまで、行政機関が明文の規定に反した行為を行った場合、そのことのみをもって過失が認められてきたが（福島地判昭 28・9・25 下民集 4 巻 9 号 1340 頁、福岡地判昭 35・1・25 下民集 11 巻 1 号

101 頁等）、本判決では、軽過失にとどまらず、「極めて重大な過失」が認定されている（判決の要旨 3）。

国賠法において、重過失は、求償権（国賠法 1 条 2 項）の行使を通して、内部的にであれ加害公務員に賠償責任を負担させることを相当とする程度の過失を意味すると考えられる。そのため、従来の下級審判例では、重過失は、容易に認識可能な事柄や職務上当然に注意すべき基本的事項の見落とし等、不注意の程度や質が重大な場合（福岡高判平 24・2・16LEX/DB25502989、東京地判平 22・5・26 判タ 1334 号 109 頁等）や、故意に近い悪質な態様で違法行為を行った場合（名古屋地判平 5・7・19 判時 1505 号 120 頁、東京地判平 22・12・22 判時 2104 号 19 頁等）等に認められてきた。

本判決も、行訴法という「最も基本的な法律」の見落としや、規定を確認すれば結果発生を容易に認識できたこと等を指摘して重過失を認定しており、従来の例に比して、特段、厳しい判断を下したのではない。

●——注

- 1) 下記につき、戸部真澄「国家賠償訴訟における反射的利益について」一法 17 巻 2 号 316 頁以下を参照。
- 2) 同利益の内実につき、中川丈久「国家賠償法 1 条における違法と過失について」法教 385 号 78 頁以下を参照。
- 3) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第 6 版〕』（有斐閣、2018 年）454～455 頁等。
- 4) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版増補版〕』（弘文堂、2016 年）1141 頁、後藤昭ら編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕』（日本評論社、2018 年）1179～1180 頁、三井誠ら編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕』（日本評論社、2018 年）677 頁、葛野尋之「再審請求人と弁護人の接見交通権」一法 8 巻 3 号 919 頁以下等。
- 5) 葛野尋之「判解」新・判例解説 Watch（法セ増刊）15 号 170～171 頁参照。
- 6) 刑事収容施設法の立案担当者による林眞琴ら『逐条解説刑事収容施設法〔第 3 版〕』（有斐閣、2017 年）623 頁以下も同旨。
- 7) 裁量審査の枠組みについては、中島基至「判解」曹時 66 巻 8 号 2285 頁以下、南川和宣「判解」平成 26 年度重判解 53 頁、北村和生「判解」平成 29 年度重判解 47 頁を参照。
- 8) 法令解釈の誤りと過失の関係一般については、西莚章『国家賠償法コンメンタール〔第 2 版〕』（勁草書房、2014 年）504 頁以下を参照。